

Neue Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte bei der V-Mann-Problematik

Dr. Ulrich Sommer, Rechtsanwalt in Köln

Vortrag auf dem 14. Strafverteidigertag am 11.3.2000 in Würzburg

■ 1. Die Suche nach Gerechtigkeit ist im Strafprozess zumeist eine sehr handfeste Sache. Das Strafurteil gibt wenig Raum für die Erörterung grundlegender Fragen der Berechtigung staatlichen Strafens. Wenn demgegenüber jemand über „wahrhaft demokratische Staatsgrundlagen“ beim Prozessieren nachdenkt, wenn jemand versucht, einem „gemeinsamen europäischen Erbe an geistigen Gütern“ nachzuspüren, und eine „kollektive Garantie der Achtung von Menschenrechten“ zu realisieren sucht, werden wir Strafverteidiger den Ort solch philosophischen Sinnierens kaum im Gerichtssaal, sondern eher in den praxisfernen Zirkeln staatsrechtlicher Seminare vermuten.

Das soeben beschriebene Ziel des Nachdenkens stellt jedoch nicht mehr oder weniger dar als die Vorgabe aus der Präambel der Europäischen Menschenrechtskonvention. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Einzelfall diese Vorgaben umzusetzen. Will er diesem anspruchsvollen Kontext seiner Entscheidungen gerecht werden, setzt dies zumindest eine Analyse des Kerns europäischer Rechtstraditionen voraus sowie das Messen der Rechtswirklichkeit in einem Vertragsstaat an den so gefundenen Maßstäben.

Auch wenn dieses Prozedere in den Begründungen des Gerichtshofs nur selten nachgezeichnet wird und mit der Betonung der Einzelfallentscheidung deren allgemein gültiger Charakter regelmäßig abgeschwächt wird, spiegelt jeder einzelne Fall eine grundsätzliche rechtsstaatliche Wertentscheidung wieder.

Man wird den Richtern des Gerichtshofes vorhalten können, dass ihnen ein vollständiger Einblick in die komplexe nationale Rechtsordnung regelmäßig fehlen wird. Ein italienischer Richter wird beispielsweise wenig über das Pflichtverteidigersystem in Schweden wissen, oder ein irischer Richter wird sich nur schwer einen Überblick über die Erstattung von Dolmetscherkosten im deutschen Strafprozess verschaffen können. Gerade der Abstand der internationalen Richter zur alltäglichen nationalen Rechtssituation ist jedoch deren Vorteil. Das Nachdenken über rechtsstaatliche Grundstrukturen und deren Anwendung im Einzelfall wird ohne eine vorgegebene Spur Jahrzehnte langer nationaler Rechtsanwendungspraxis erleichtert. Flexible Denkansätze jenseits fest betonierter nationaler Diskussionen werden so möglich, und in Verbindung mit einer dynamischen Auffassung des effektiven Menschenrechtsschutzes führt dieser methodische Ansatz oft zu Ergebnissen, bei denen sogar der Gehalt überkommener Strafprozessregeln – wie kürzlich in einem Fall gegen Frankreich – als konventionswidrig ausgemacht wird.

Hier liegt m.E. auch die besondere Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für den deutschen Strafprozess. Weit über den jeweils entschiedenen Einzelfall hinaus geben die Ausführungen des Gerichtshofs oft Veranlassung auch zu nationalem Querdenken, zu ständiger Überprüfung aktueller Prozesspraxis anhand grundsätzlicher Vorgaben der MRK, und auch zum Hinterfragen eingefahrener, starrer Rechtsdiskussionen.

Exemplarisch lässt sich dies bei der Diskussion um die V-Mann-Problematik in der Bundesrepublik nachzeichnen. Obwohl es keine einzige Entscheidung zu dieser Thematik gibt, in der Deutschland als beklagter Staat in einem Verfahren in Straßburg involviert war, gibt es kaum eine andere Thematik, bei der unsere nationale Diskussion stärker von den Entscheidungen des Gerichtshofs beeinflusst wird. Aufmerksamkeit haben die Entscheidungen aus Straßburg insbesondere deswegen erfahren, weil in diesem praktisch hoch relevanten Problembereich eine seit fast zwei Jahrzehnten irreversibel fixierte scheinende Rechtsprechung sowohl den bohrenden Dauerzweifeln von Strafverteidigern in Gerichtsverhandlungen als auch kritischen Literaturstimmen gegenübersteht. Auch wenn sich Entscheidungen des Gerichtshofes zu diesem Thema mit Rechtssituation in Portugal, den Niederlanden oder der Schweiz befassen, wurden die grundsätzlichen rechtsstaatlichen Blickwinkel in der Diskussion gerne aufgenommen, um festgefahrene nationale Argumentationsstrukturen aufbrechen zu können. Was bei Planung meines heutigen Vortrages im Herbst 99 zu der Qualität der argumentativen Wechselwirkung nicht vorhersehbar war: das Thema hat durch die Entscheidung des ersten Senats des BGH vom 18. November des vergangenen Jahres¹ besonders aktuelle Brisanz erhalten. In ungewöhnlich ausführlicher Weise versucht der BGH, sich dezidiert mit den Vorgaben Straßburger Entscheidungen auseinanderzusetzen.

■ 2. Bevor ich mögliche Auflösungserscheinungen höchstrichterlichen deutschen Urteilsbetons analysiere, sei nochmals der argumentative Zement aufgerührt, mit dem die Rechtsprechung eine der prinzipiellen Fragen des strafprozessualen Verständnisses in fixe Bahnen zu lenken suchte.

Das setzt schon eine fast historisch zu nennende Aufarbeitung voraus, da die entscheidenden literarischen Schlachten um den V-Mann, agent provocateur oder Lockspitzel -

wie immer er genannt wird - bereits in den 80iger Jahren geschlagen wurden. Die moderne Problematik wurzelt in den 70igern, eine rechtsdogmatische Diskussion zum agent provocateur wurde sogar schon im letzten Jahrhundert geführt. Die Problematik läßt sich in drei Kategorien einteilen: Zum einen stellt sich die Frage, ob sich der polizeiliche Lockspitzel selbst bei seinen Aktivitäten strafbar macht. Neben diesen rein strafrechtlichen Kategorien ergab sich als zweites die Frage, ob die Provokation als planvoll eingesetzte polizeiliche Ermittlungsstrategie in Einklang zu bringen ist mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien. Als drittes wird in vielerlei Schattierungen die Problematik erörtert, inwieweit ggfls. Erkenntnisse der verdeckt arbeitenden Ermittler unter Berücksichtigung von polizeilichen Anonymitätsinteressen nach rein strafprozessualen Kriterien in ein Verfahren eingebracht werden können.

Die Darstellung des ersten Punktes bereitet die geringste Mühe. Zwar knüpft die Frage der Strafbarkeit des Provokateurs an die tradierte strafrechtsdogmatische Diskussion an. Die praktische Relevanz dieses Problems ist jedoch gleich Null. Aus höchstrichterlichen Entscheidungen der letzten Jahrzehnte, in denen sich ausschließlich die Provozierten in der Rolle des Angeklagten wiederfanden, ist uns bekannt, dass Provokateure ihr Ziel mit Drohungen und Nötigungen zu erreichen suchten, dass sie an Geschäften beteiligt waren, bei denen als vertrauensbildende Maßnahmen große Mengen Rauschgift unkontrolliert in den Markt gingen. Es ist allerdings nicht bekannt, dass irgendeiner dieser Provokateure sich selbst in der Rolle des Angeklagten wiedergefunden hat. Hier reiht sich auch die jüngste Entwicklung in die Jahrhunderte alte Auseinandersetzung zum agent provocateur ein: Die Diskussion um seine Strafbarkeit findet im Hörsaal der Universitäten, nicht aber im Gerichtssaal statt.

Die Vorstellungen der älteren Literatur gingen von einem agent provocateur aus, der zu einer Tat anstiftet, die letztendlich nicht zur

tatbestandlichen Vollendung kommt. Mit der Erfindung des sogenannten doppelten Anstiftersvorsatzes, der auch den Willen zur Vollendung der Haupttat als Strafbarkeitsvoraussetzung des Anstifters beschreibt, war die Lösung dieser Konstellation hinreichend umrissen. Wer weiß, dass ein vollendetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln schon nach einem gemütlichen Plausch in einem Café über real gar nicht existierende Rauschgiftmengen vorliegen kann, ahnt, dass die Kombination moderner Gesetzgebungstechnik mit moderner Rechtsprechung und noch moderner Polizeitaktik hier ungeahnte neue materiell strafrechtliche Probleme hervorgebracht hat. Auch ein Ermittlungsinteresse des Provozierenden hindert nicht die Vollendung des Gefährdungsdeliktes. Eine strafrechtsdogmatische Konstruktion, die den agent provocateur auch in diesen Fällen zur Strafflosigkeit führen würde, ist in weiter Ferne. Die durch das OrgKG in den §§ 110a ff StPO eingeführten Rechtfertigungsgründe decken nur einen geringen Bruchteil der Problemfälle ab. Die Lösung der strafrechtlichen Problematik ist und bleibt offen.

Sehr viel engagierter zeigte sich demgegenüber die Rechtsprechung bei Stellungnahmen zu den Fragen, inwieweit es generell rechtsstaatlichem Verständnis widerspricht, verdeckt arbeitende Polizeibeamte in kriminogene Szenen einzuschleusen, die sich dort nicht nur auf Observationen beschränken, sondern selbst aktiv zu Straftaten animieren, um anschließend der Strafjustiz die Aufgabe zuweisen, diese produzierten Straftaten einer gerechten Verurteilung zuzuführen.

Ein Blick in die historische Auseinandersetzung um die polizeilich veranlasste Provokation zeigt, dass dieses Thema wie kaum ein anderes grundsätzliches Polizei- und Rechtsstaatsverständnisse fokussierte und moralische und politische Bewertungen auch juristischer Autoren polarisierte. Schon die Anfänge der wissenschaftlichen Beschäftigung mit Problemen des agent provocateur in der Mitte des letzten Jahrhunderts ging einher mit der damals einhelligen Empörung über

die „Schlechtigkeiten“ dieser vom Staat belohnten Subjekte². „Der unmoralische Charakter“³ des agent provocateur, sein „verächtliches, unwürdiges Manöver“⁴ stieß auf eine breite Ablehnungsfront⁵. Selbst das Reichsgericht sah sich in einer Entscheidung im Jahre 1913 veranlasst, eher beiläufig den Einsatz eines Lockspitzels entschieden zu missbilligen⁶.

Je weniger polizeiliche Provokateure sich um Gruppen mit angeblich staatsfeindlicher Gesinnung, wie z.B. Kommunisten und Sozialdemokraten, kümmerten und sich stattdessen auf genuin kriminelle Milieus konzentrierten, um so eher fand die Einsicht Verbreitung, dass diese Ermittlungsmethode eine angemessene Reaktion zur Überführung gefährlicher Gewohnheitstäter sein könnte. Teile der Literatur attestierten dem agent provocateur ein Tätigwerden im Interesse der Rechtsordnung⁷. Dogmatisch begründete Rechtfertigungen für das offensichtlich widerspruchsvolle Verhalten staatlicher Organe blieb eher an der Oberfläche. Ein Zitat aus einer den Einsatz des Provokateurs stützenden Dissertation aus dem Jahre 1923 dokumentiert das eher grobschlächtige Argumentationspotential der Befürworter: *„Der Verbrecher ist ein Feind der Gesellschaft, er erklärt ihr den Krieg, und im Krieg sind alle Mittel erlaubt.“*⁸

Jede Generation von Sicherheitspolitikern und Polizeistrategen hat diesen Krieg beschworen. Das letzte Viertel des vergangenen Jahrhunderts hat in dieser Auseinandersetzung eine neue Qualität des Gegners ausgemacht: Die organisierte Kriminalität. Im Kampf gegen diesen Gegner mutierte der altbackene agent provocateur zum entscheidenden personellen Aufklärungsmittel der Polizei. Was bis zum Ende der 70iger Jahre extremen Ermittlungssituationen – zumeist sogar nur im Agentenmilieu – vorbehalten blieb, wurde zur täglichen Routine der Polizeiarbeit. Heute kennen wir Strafverteidiger kaum noch Ermittlungsakten zu größeren Rauschgiftdeals, zum Waffenhandel oder zu Geldfälschungsdelikten, in denen nicht ein polizeilicher V-Mann im Mittelpunkt steht.

Der rasanten Entwicklung der verdeckten Polizeiarbeit folgte deren Absegnung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung. Der BGH machte sich die Argumentation der Sicherheitspolitiker zueigen und behauptete in einer ersten Entscheidung Mitte der 70iger Jahre⁹, dass in Fällen schwer aufklärbarer Kriminalität auf den polizeilichen Lockspitzel „*nicht verzichtet werden könne*“. Die folgende Entscheidung des BGH ging noch einen Schritt weiter: Der Einsatz des agent provocateurs soll im Zusammenhang mit der besonders gefährlichen Kriminalität sogar „*geboten*“ sein¹⁰. Dies ist auch heute noch die Basis der – mittlerweile sehr viel verschachtelter geführten – Rechtsprechungsdiskussion zur rechtsstaatlichen Zulässigkeit der Tatprovokation. Dominierend sind keine Abwägungen zu widerspruchsvollem staatlichen Verhalten oder Bedenken zur Methode der „Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation“ – wie dies als einer der ersten Kritiker Lüderssen nachzeichnete¹¹. Im Vordergrund steht die schlichte Konzession der Rechtsprechung an die angeblichen operativen Notwendigkeiten, wie sie in kriminalpolizeilicher Argumentation vorgegeben werden. Wir haben bislang an keiner Stelle gelesen, dass sich der BGH ungefragt zur Effektivität irgendwelcher polizeilicher Einsatzmittel geäußert oder gar aus dieser Effektivität flugs auf deren Zulässigkeit geschlossen hätte. Die Fundierung von Prozessdenken auf polizeiliche Strategiebedürfnisse ist vom Ansatz leider nicht so sehr weit entfernt von der soeben zitierten „Kriegserklärungs-Theorie“ aus der Dissertation der 20iger Jahre.

Dass der Zusammenhang zwischen polizeilicher Notwendigkeit einerseits und fairem Strafprozess andererseits in einem Rechtsstaat völlig anders strukturiert sein sollte, hat der Europäische Gerichtshof – und dieser Vorgriff sei an dieser Stelle erlaubt – noch im letzten Jahr überdeutlich gemacht.

Es gibt einen weiteren entscheidenden, noch heute gültigen Argumentationsstrang der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu der Frage, wie sich eine Tatprovokation in dem

Verfahren gegen den Provozierten auswirkt: Der irgendwann einmal zutage getretene Wille zur Tatbestandsvollendung beim Provozierten ist für die Rechtsprechung ein Faktum, das auf keinen Fall sanktionslos hingenommen werden könne. Zu dieser Frage nimmt die Rechtsprechung gerne die Rolle der unabhängigen, über allen Interessen von Verfahrensbeteiligten, auch über allen Interessen der Polizei stehenden souveränen Instanz ein. Auch bei den übelsten Machenschaften der Polizei müsse der Prozess gegen den Provozierten durchgeführt werden¹². Das allgemeine Interesse an einer leistungsfähigen Strafjustiz stünde ansonsten auf dem Spiel – so flankierend das Bundesverfassungsgericht¹³. In einer Leitentscheidung im Jahre 1984¹⁴ begründet der BGH die über allen Anfechtungen stehende Notwendigkeit der Realisierung des staatlichen Strafanspruchs gegen den provozierten Angeklagten: Dieser war „*stets Herr seiner Entscheidungen*“, auch wenn er bislang nicht vorbestraft war, keinerlei Interesse an Rauschgift gezeigt hatte und erst allmählich nach Monate langem Drängen des Provokateurs wachsendes Interesse an der lukrativen Geldquelle gezeigt hatte – so die näheren Umstände der BGH-Entscheidung.

Selbst wenn der Wille des Provozierten – wie in anderen BGH-Entscheidungen – mit Todesdrohungen durch den polizeilichen Provokateur gebrochen und in eine strafrechtsrelevante Richtung gelenkt wurde, die Betätigung dieses Willens ist für die deutsche Strafjustiz ein unübersteigbares Hindernis, bei dessen Sanktionslosigkeit sogar das Bild der zusammenbrechenden Strafrechtspflege an die Wand gemalt wird. Schutz genießt damit im Ergebnis in unserem Rechtsstaat derjenige Bürger, dessen Willensbetätigung unter Umständen bei einem Abzahlungsgeschäft oder aber bei einem Haustürgeschäft unredlichen Einflüssen unterlegen haben könnte. Dagegen haben Strafrichter bei polizeilich veranlassten Manipulationen einer Willensentscheidung das ängstliche Bedürfnis, unter Ausblendung aller Kausalitätsfaktoren den Betroffenen in jedem Fall an seiner Entscheidung festzuhalten.

Auf der Grundlage der beiden aufgezeigten Argumentationslinien fand der Bundesgerichtshof schon zu Beginn der 80iger Jahre den noch heute gültigen Weg für die Entscheidung der Provokationsfälle: Die Strafzumessungslösung. Zwar propagierte noch aufgrund der heftigen Kritik in der Literatur der 2. Strafsenat des BGH in einigen Entscheidungen die Möglichkeit, dass bestimmte Formen der polizeilichen Tatprovokation im Strafprozess zu einem Verfahrenshindernis führen könnten. Auch der 2. Senat schwenkte jedoch alsbald auf die Linie der Rechtsprechung ein, wonach ohne die geringste Einschränkung sowohl die Strafbarkeit eines Provozierten als auch die Durchführbarkeit des gegen ihn gerichteten Prozesses bejaht wird. Auswirkungen der Tatprovokation werden dem ebenso weiten wie unüberprüfbareren Feld der Strafzumessung zugeordnet. In Dutzenden von Entscheidungen wurden Versuche gewagt, feste Kriterien für die Strafzumessung im Hinblick auf die unterschiedlichen Umstände einer Tatprovokation aufzuzeigen. Die Situation des Animierten – seine allgemeine Entschlossenheit zu einer solchen Tat, das Fehlen jeglicher Vorstrafe – wurde dabei ebenso berücksichtigt wie der Stand von Ermittlungserkenntnissen der Polizei – Anfangsverdacht – sowie Art und Intensität der Einflussnahme der Polizeibeamten und die im Verlauf der animierten Tat an den Tag gelegte Eigeninitiative des Provozierten. Die Formulierungen dieser Strafzumessungserwägungen kommen oft im Gewand einer geschlossenen systematischen Bewertung daher und erheben den – letztlich niemals eingelösten – Anspruch, die Grenzen zwischen zulässiger und unzulässiger staatlicher Staatsprovokation aufzuzeigen. Die unachgiebige Entschlossenheit in der argumentativen Grundstruktur sieht während der gesamten 90iger Jahre eine Rechtsprechung, die jede kontroverse Diskussion ermüdet und den ungebrochenen Einsatz von Tatprovokateuren durch die Polizei ermutigt hat.

Noch ein dritter Problemkreis hat sich durch die Verwendung des V-Mannes ergeben: Die Einführung und Verwertbarkeit seiner Erkenntnisse in den Strafprozess. Die Polizei

hat nicht nur ein Interesse daran, zur angeblichen Kriminalitätsbekämpfung Verdächtige zu einer weiteren Straftat zu animieren und sie dann dieser Straftat zu überführen. Darüber hinaus ist das Interesse offenkundig, geheim agierende V-Leute auch in einem Gerichtsverfahren in ihrer Anonymität zu belassen. Gesetzgebung und Rechtsprechung haben der Exekutive die Möglichkeit eröffnet, diese Interessen wirksam durchzusetzen. Kernstück dieses Konzepts ist eine analoge Anwendung des zu diesem Zweck aus seinem prozessualen Dornröschenschlaf erweckten § 96 StPO. Gelingt es der Exekutive, berechnete Geheimhaltungsinteressen darzulegen und darüber hinaus die persönliche Gefährdung einer V-Person für den Fall ihrer offenen Zeugenvernehmung zu belegen, ist der V-Mann als primärer Zeuge für das Gericht nicht greifbar. Da die Rechtsprechung Surrogate für diesen unerreichbaren primären Zeugen zulässt, wie beispielsweise die Vernehmung des sogenannten V-Mann-Führers, kann der provozierte Angeklagte vor dem Strafgericht verurteilt werden, ohne jemals im Prozess des möglicherweise einzigen Tatzeugens – des Provozierenden selbst – angesichtig zu werden. Zwar stellt die Rechtsprechung erhöhte Anforderungen an die Beweiswürdigung in diesen Fällen. Diese Versicherung hat jedoch nicht verhindert, dass es sich mittlerweile um eine prozessuale Standardsituation handelt.

Die Kritik an dieser Konstellation war und ist überdeutlich. Nicht zuletzt die Strafverteidigertage der Vergangenheit haben diese Situation als besondere Augenfälligkeit der Verpolizeilichung unseres Strafprozesses kritisiert. Zahlreiche Stimmen in der Literatur rügen die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör oder deklamieren den Rechtsmissbrauch angesichts der künstlich erzeugten Unerreichbarkeit eines Zeugen durch die Polizeibehörde. Die Rechtsprechung hat dies nicht tangiert. Das Konzept der möglichen Sperrung von Zeugen durch die Exekutive, die beschränkte Überprüfbarkeit dieser Sperrung und die gleichzeitige Möglichkeit der Beweisführung durch indirekte Beweismittel bleibt seit mehr als einem Jahrzehnt unbeweglich.

■ 3. Alle drei aufgezeigten Problembereiche, die Strafbarkeit des Lockspitzels selbst, die fehlende Beachtung rechtsstaatlicher Grenzen einer polizeilich gesteuerten Provokation sowie die Umsetzung von Erkenntnissen der V-Leute im Strafprozess resultieren nicht aus speziell bundesdeutschen Verhältnissen. Wenn auch unsere europäischen Nachbarn sehr viel zögerlicher im Einsatz dieses Fahndungsmittels sind, hat der V-Mann auch dort den Status der Alltäglichkeit erreicht. Folgen die Länder Europas denselben rechtsstaatlichen Anforderungen, stellt sich die aufgezeigte Problematik dort ähnlich. Unterschiedliche traditionelle Gewichtungen, andere Verfahrensstrukturen müssen zwangsläufig dort auch zu anderen Lösungen führen. Diskussionen in der Wissenschaft, Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe und Reaktionen der Legislative sind durchaus vergleichbar. Die Niederlande, Belgien oder Frankreich haben beispielsweise als Konsequenz eines rechtswidrigen Lockspitzelvorgehens eine Art Verfahrenshindernis als selbstverständlich angesehen. Jede Animierung einer Straftat überschreitet diese Grenze der Rechtswidrigkeit, sogar jede Maximierung einer ohnehin geplanten Tat, wie beispielsweise die durch die Polizei animierte „Aufstockung“ einer geplanten Haschischlieferung zu einem Heroideal.

Es war nicht fernliegend, dass eine europäische Dimension dieser Problematik auch dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Entscheidung unterbreitet wurde. Es dauerte allerdings bis in die jüngste Vergangenheit, bis der Gerichtshof im Fall *Teixeira de Castro* Gelegenheit hatte, sich grundsätzlich zum Einsatz von Lockspitzeln zu äußern. Zuvor haben Umwege und Zufälligkeiten zu partiellen Meinungsäußerungen geführt. Eröffnet wurde dieser Weg durch das in Absatz 3d des Artikel 6 MRK verbrieftete Recht des Angeklagten, „Fragen an die Belastungszeugen stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung der Entlastungszeugen unter den selben Bedingungen wie der Belastungszeuge zu erwirken“. Dass eher in den angelsächsischen Vorstellungen des Strafprozesses wurzelnde unmittelbare Fragerecht

des Angeklagten und seiner Verteidigung ist vom Gerichtshof traditionell als maßgebliches prozessuales Grundrecht verteidigt worden.

Völlig unabhängig von der V-Mann-Problematik hatte der Gerichtshof im Falle *Unterperinger*¹⁵ die Verurteilung eines Angeklagten für konventionswidrig erachtet, die maßgeblich auf der Verwertung von Vernehmungsprotokollen von Zeugen beruhte, die ihrerseits in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machten und daher zu einer Befragung durch den Angeklagten selbst niemals zur Verfügung standen. Im Fall *Windisch*¹⁶ betonte der Gerichtshof die Bedeutung dieses Rechts im Hinblick auf den Grundsatz, dass eine Beweiserhebung stets mit Blickrichtung auf eine kontradiktorische Argumentation durchzuführen sei. Gerade dies setze voraus, dass der Angeklagte nicht nur Kenntnis von der Identität des Belastungszeugen haben müsse, um seine grundsätzliche Glaubwürdigkeit in Zweifel zu ziehen. Er oder sein Verteidiger müssen auf jeden Fall die Chance halten, durch direkte Befragung und „direkte Beobachtung“¹⁷ Anhaltspunkte für die Glaubhaftigkeit der Aussage zu erlangen. Selbst wenn ein berechtigtes Interesse an einer Anonymisierung der Zeugen bestünde, so hat der Gerichtshof stets dem Fragerecht den Vorrang in einem fairen Prozess eingeräumt.

Der Gerichtshof nahm hier erstmalig Differenzierungen zwischen berechtigtem polizeilichen Erkenntnisinteresse und deren Verwertung im Strafprozess vor. Die Konvention schließe es nicht aus – so heißt es in der Entscheidung *Windisch* –, dass sich die Polizei im Ermittlungsstadium auf Quellen wie anonyme Informanten stütze, „die nachfolgende Verwertung von deren Angaben durch das erkennende Gericht, um eine Verurteilung zu begründen, ist jedoch eine andere Sache.“ Sowohl im Fall *Kostovski*¹⁸ als auch im Fall *Lüdi*¹⁹, die beide auch in der Bundesrepublik veröffentlicht wurden, waren ausdrücklich Strafurteile gegen provozierte Angeklagte für konventionswidrig erklärt worden, weil diese niemals Gelegenheit hatten, die sie belasten-

den polizeilichen V-Leute unmittelbar zu befragen.

Im Fall van Mechelen²⁰ betont der Gerichtshof, dass im Hinblick auf die überragende Bedeutung des Fragerechts gerade das Anonymisierungsinteresse polizeilicher Zeugen im besonderen Maße zurückzutreten habe, da diesen eine besondere Pflicht zur Tragung der mit der Zeugenaussage verbundenen Gefahren obliege.

Bei der Bewertung dieser Rechtsprechung soll nicht verkannt werden, dass das durch die Konvention garantierte Fragerecht in mancherlei Ausgestaltung hinter den durch die Strafprozessordnung garantierten Rechten zurückbleibt. Es gibt beispielsweise nicht notwendig ein persönliches Fragerecht des Angeklagten, vielmehr kann es auch als einheitliches Fragerecht der Verteidigung aufgefaßt werden. Dieses Recht muss auch nicht zwingend in der Hauptverhandlung ausgeübt werden; dem Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens ist nach der Rechtsprechung des EGMR auch Rechnung getragen, wenn irgendwann im Verfahren dieses Fragerecht ausgeübt werden kann. Das Fragerecht ist nicht unbegrenzt, sondern sachlich beschränkt. Die MRK gewährt nicht den Dialog der Verteidigung mit dem Befragten, so dass sich diese unter Umständen auch mit mittelbaren Fragen über den Vorsitzenden begnügen muss²¹. In diesem vorgegebenen Rahmen muss die Rechtsprechung des Gerichtshofs allerdings als weitgehende Garantie der Konfrontation mit jedem Belastungszeugen und damit auch mit dem polizeilichen V-Mann aufgefasst werden.

Die Reaktion der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung auf diese Straßburger Vorgaben scheint von einer bemerkenswerten Taktik geprägt zu sein: Die konkrete Vermeidung konfrontativer Argumentationen einerseits und andererseits die unbedingte Aufrechterhaltung der Strategie, der Exekutive sanktionslos das Vorenthalten des V-Mannes im Strafprozess zu ermöglichen. In den wenigen vorliegenden Entscheidungen des BGH in den 90iger Jahren zu Artikel 6

Abs. 3d MRK lässt sich durchgehend das Bemühen erkennen, sich unter Berufung auf Besonderheiten des zu entscheidenden Einzelfalles nicht umfassend zur Straßburger Rechtsprechung äußern zu müssen. Während zunächst²² behauptet wurde, es könne dahingestellt bleiben, ob es sich bei den verdeckten Ermittlern überhaupt um den angesprochenen Zeugen im Sinne des Artikel 6 Abs. 3d MRK handele, ist dies später vom BGH in Einklang mit Straßburg positiv formuliert worden: Die polizeilichen V-Leute sind Zeugen im Sinne dieser Vorschrift, auch wenn sie ihre Angaben nicht in der Hauptverhandlung gemacht haben²³. Gerade in der zitierten Entscheidung hatte die Revision des Angeklagten gerügt, dass ein von ihr vorbereiteter Fragenkatalog dem anonymen V-Mann nicht vorgelegt worden war. Lediglich beschränkt auf diesen engen Problembereich gab der BGH der Revision statt. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Regelung der Menschenrechtskonvention hielt der BGH das Tatgericht für verpflichtet, Beweisaufnahmen unter Beachtung der Belange der Vertrauenspersonen in einer Form durchzuführen, die dem im Gesetz grundsätzlich vorgesehenen Verfahren am nächsten kam. Ein weitergehendes Aufweichen der Rechtsprechungslinie ist nicht zu erkennen.

Es scheint eine Präzisierung der Revisionen von Angeklagten für die Zukunft notwendig zu sein, um die Vermeidungsstrategie des Bundesgerichtshofs zu durchbrechen. Es führt kein Weg daran vorbei, dass allein die Möglichkeit des Vorlegens eines Fragenkatalogs an den anonymen V-Mann weit hinter den Vorgaben aus Straßburg zurückbleiben. Als Beleg sei die mehr als 10 Jahre alte Entscheidung Kostovski zitiert. Dort hatte gerade die Verteidigung das Recht, dem anonymen V-Mann indirekt durch einen Untersuchungsrichter schriftliche Fragen vorlegen zu lassen. „Dennoch war die Natur und das Ausmaß der Fragen, die auf diese Weise gestellt werden konnten, beträchtlich eingeschränkt im Hinblick auf die Entscheidung, dass die Anonymität der Urheber der Aussagen gewahrt werden sollte.“ Der Fragenkatalog war

somit gerade kein Ersatz für die konfrontative Befragung. Noch deutlicher wird dies im Fall Mechelen. Hier befanden sich die anonymen polizeilichen Zeugen und der sie vernehmende Richter in einem separaten Raum, zu dem die Angeklagten und auch deren Verteidiger keinen Zugang hatten. Die gesamte Verständigung erfolgte über eine Tonverbindung. Somit war der Verteidigung nicht nur die Identität des Polizeizeugen unbekannt, sondern es wurde ihr auch die Möglichkeit genommen, deren Verhalten bei der direkten Vernehmung zu beobachten und somit ihre Glaubwürdigkeit zu prüfen. Diese extreme Einschränkung des Rechts der Angeklagten auf eine Zeugenaussage in ihrem Beisein wurde vom Gerichtshof nicht akzeptiert²⁴.

Wenn weder Fragenkataloge noch auf die reine Akustik beschränkte Befragungen dem Recht des Angeklagten auf unmittelbare Befragung entsprechen, haben die Verteidiger in Deutschland nach wie vor jede Veranlassung, die Berechtigung der Beschränkung des Fragerechts zu kritisieren und auch in deutschen Gerichtssälen die Vorstellung des EGMR von der Effektivität einer Zeugenbefragung zu verdeutlichen. Dabei geht dies Recht weit über die formale Befragung hinaus und berührt die prozessuale Verteidigungslage insgesamt. Es geht nicht nur um Fragen und Antworten, vielmehr macht die Rechtsprechung des Gerichtshofs deutlich, dass ein fairer Prozess Informationen der Verteidigung voraussetzt, die die Möglichkeit der Widerlegung von belastenden Zeugenaussagen eröffnet. Der Entzug solcher Informationen – und hier ist die Anonymisierung des V-Mannes nur ein Teilaspekt – widerspricht diesem Prinzip²⁵. Die Dynamik der Wechselwirkung zur Vorgaben der Rechtsprechung aus Straßburg erscheint mir noch lange nicht erschöpft.

■ 4. Eine neue Dimension der Beeinflussung bundesdeutscher V-Mann-Praxis durch eine europäische Rechtsprechung leitete der Fall Teixeira de Castro ein, der in der Bundesre-

publik im vergangenen Jahr in jeweils unterschiedlichen Übersetzungen im Strafverteidiger²⁶, in der NSTZ²⁷ sowie in der EuGRZ²⁸ veröffentlicht wurde. In dieser Entscheidung hatte der Gerichtshof in Straßburg zum ersten Mal Gelegenheit, sich zu den grundsätzlichen Fragen polizeilicher Tatprovokation zu verhalten. Es ging nicht um mittelbare Fragen der Beweisverwertung oder des Fragerechts im Prozess, es ging um die grundsätzliche Frage des fair trial, des gerechten Strafverfahrens.

Die Konstellation des Falles ist klassisch: Zwei verdeckt agierende Rauschgiftfahnder gelangten über einen weiteren Mittelsmann an Herrn Teixeira de Castro. Sie gaben sich als Kaufinteressenten für 20 Gramm Heroin zu erkennen und ließen in einem ersten Gespräch eine Rolle mit Banknoten sehen Herr Teixeira de Castro, der bislang nicht vorbestraft war, gegen den keinerlei Erkenntnisse hinsichtlich einer möglichen Tatgeneigtheit vorlagen, erklärte sich zu dem Deal bereit und besorgte über Umwege exakt die bestellten 20 Gramm. Bei der Übergabe wurde er verhaftet. Das Gericht verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hielt dieses Verfahren für unfair und entschädigte Teixeira de Castro für jeden einzelnen Tag der von ihm verbüßten Haft.

In seiner Begründung bekundet der Gerichtshof seinen vollen Respekt vor den Notwendigkeiten besonderer polizeilicher Maßnahmen, die möglicherweise durch neue Formen insbesondere der Rauschgiftkriminalität erforderlich sein mögen. Im Gegensatz zu der bekannten Argumentationslinien der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung begründen polizeiliche Notwendigkeiten für den Gerichtshof keinesfalls die Einschränkung von Verteidigungsrechten im Strafprozess. Im Gegenteil: In einer demokratischen Gesellschaft nimmt das Recht auf eine ordnungsgemäße Rechtspflege einen so herausragenden Platz ein, dass es (polizeilichen) Zweckmäßigkeitserwägungen nicht geopfert werden darf. Die allein auf die prozessuale Fairnis bezoge-

ne Analyse des Gerichtshofes fällt simpel aus: Das Eingreifen von Polizeibeamten, deren Tätigkeit über das bloß verdeckte Beobachten hinaus geht und die zu einer Straftat angestiftet haben, die ohne ihr Eingreifen nicht begangen worden wäre, sowie die Verwertung dieses Eingreifens im Strafverfahren haben bewirkt, dass Herr Teixeira de Castro „ab initio und endgültig kein faires Verfahren hatte.“

Die Entscheidung enthält keine konkreten Kriterien, die diesen Verstoß gegen den Grundsatz des fair trial von noch hinnehmbaren Beeinflussungen abgrenzen könnte. Der Gerichtshof beschränkt sich darauf, wie es in diesen Fällen üblich ist, eine Kollektion von Einzelgesichtspunkten nebeneinander zu stellen, die jedenfalls in ihrer Gesamtheit den Konventionsverstoß belegen. So betont der Gerichtshof beispielsweise die Illegalität des Vorgehens der Polizeibeamten, die keinesfalls im Rahmen einer richterlich angeordneten oder überwachten Maßnahme tätig wurden. Darüber hinaus wird das Fehlen jeglichen Verdachtsmoments vor der Provokation ebenso betont wie die Tatsache, dass Herr Teixeira de Castro sich ausschließlich im Rahmen der Kaufanfrage hielt. Auch wenn es nicht die Aufgabe des Gerichtshofs ist, Konsequenzen aus Konventionsverletzungen auf spezielle nationale rechtliche dogmatische Strukturen umzumünzen, auch wenn Begriffe wie Beweisverbote oder Verfahrenshindernisse in den Entscheidungen des Gerichtshofs keine Erwähnung finden können, so macht diese Leitentscheidung doch die Divergenzen zu den überkommenden Bewertungsstrukturen der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung mehr als deutlich. Alle Kommentare, die im letzten Jahr zu dieser Entscheidung veröffentlicht wurden, waren sich zumindest darin einig, dass dies zwangsläufig eine Veränderung der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Folge haben müsse²⁹.

■ 5. Nachdem noch das Bayerische Oberste Landesgericht in einer allerersten Reaktion im Juni vergangenen Jahres³⁰ die bekannte

Vermeidungsstrategie einschlug und in einem Provokationsfall behauptete, auf die Rechtsprechung des EGMR schon deswegen keine Rücksicht nehmen zu müssen, weil in dem von ihm zu entscheidenden Fall ein Geständnis des Angeklagten vorlag, kam die Antwort des Bundesgerichtshofs auf Straßburg schneller als erwartet. Mit einem außergewöhnlichen Begründungsaufwand versuchte der erste Senat in einer Entscheidung vom 18.11.1999 Konsequenzen aus der Entscheidung Teixeira de Castro für die rechtliche Einordnung der V-Mann-Problematik in Deutschland zu ziehen. Die Aufarbeitung dieser sehr vielschichtigen Entscheidung wird Rechtsprechung und Literatur sicherlich noch eine ganze Weile beschäftigen. Ich kann nicht verhehlen, dass aus Verteidigersicht nach einer ersten Lektüre zwar eine gewisse Enttäuschung mitschwingt, aber es werden auch neue begrüßenswerte Tendenzen deutlich. Allerdings: Was ein großer historischer Wurf hätte werden können, blieb in Halbherzigkeiten und Inkonsequenzen stecken.

Im Ergebnis will der erste Senat auch nach den Straßburger Vorgaben keinen Zentimeter von der Struktur der Strafzumessungslösung abweichen. Verfahrenshindernisse oder generelle Beweisverbote werden endgültig zu den Akten einer allenfalls noch historisch relevanten Diskussion gelegt. Ausnahmslos jeder Provozierte soll in einem Strafverfahren verurteilt werden. Die Umstände der Provokation sollen ihren Niederschlag lediglich in den Strafzumessungsgründen finden. Im Detail differenziert der BGH aber die überkommene Lösung und gibt einen Kurs vor, der an völlig unbekanntem Ufern enden könnte.

Zunächst wird die V-Mann-Problematik formalisiert, indem jedem Tatrichter auferlegt wird, den Verstoß gegen Artikel 6 Absatz 1 Satz MRK durch eine polizeiliche Tatprovokation ausdrücklich in den Urteilsgründen festzustellen und im Zusammenhang mit der Strafzumessung das Maß der Kompensation für diese Verletzung gesondert zum Ausdruck zu bringen. Trotz der Beibehaltung des viel kritisierten dogmatischen Ausgangspunkts

ist allerdings nicht zu verkennen, dass der 1. Senat offensichtlich von der Erwägung getragen wurde, inhaltlich eine veränderte Bewertung der Strafwürdigkeit des Handelns eines Provozierten einzuleiten. Bei dem zu entscheidenden Fall ging es um die Übergabe von einem Kilogramm Kokain, für das das Landgericht eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verhängt hatte. In Konsequenz der Urteilsabwägungen hat der 1. Senat nach Aufhebung dieses Urteils von der in Revisionsverfahren möglichen Verhängung der im Gesetz vorgesehenen Mindeststrafe von drei Monaten ausdrücklich deswegen abgesehen und die Sache zurückverwiesen, um ggfls. dem Tatrichter die Festsetzung einer Geldstrafe oder einer Verwarnung mit Strafvorbehalt zu ermöglichen. Der höchstrichterliche Hinweis auf dramatische Korrekturen im Strafzumessungsbereich ist unübersehbar. Ebenso augenfällig ist allerdings die Gefahr, dass die hier aufgezeigte beispielhafte Strafzumessung im Einzelfall schnell in Vergessenheit gerät und der Tatrichter sich in dem nach wie vor kaum kontrollierbaren Bereich der Strafzumessung in bereits bekannter Weise einrichtet.

Etwas zwiespältig erscheint mir die Konzentration der Entscheidung auf die Wechselwirkung von MRK und StPO. So sehr die intensive Auseinandersetzung mit einem Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu begrüßen ist, so muss die darin enthaltene Tendenz skeptisch stimmen, die V-Mann-Problematik maßgeblich dem Regelungsbereich des Artikel 6 Abs. 1 MRK zuzuordnen. Wer nach jahrzehntelanger intensiver Diskussion um die Grenzen des Rechtsstaats nur noch den „konventionswidrigen Lockspitzeinsatz“ thematisiert, setzt sich dem Verdacht aus, bedenkenswerte sachliche Erwägungen auf dem Abstellgleis einer in der Praxis eher als exotisch angesehenen Rechtsquelle zu relativieren. Wenn durch die staatliche Tatprovokation der Grundsatz des fair trial verletzt ist, sind die verfassungsrechtlichen Implikationen unübersehbar. Wenn sich – wie dies das Bundesverfassungsgericht³¹ häufig betont hat – der Grundsatz des fairen

Verfahrens unmittelbar aus dem Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes ableiten lässt, hätte sich auch eine Diskussion um die strafprozessuale Konsequenzen von Verfassungsverletzungen aufgedrängt.

Eine positive Nachricht gilt es zu vermelden. Die Entscheidung hat die Formulierung von der Unverzichtbarkeit und Gebotenheit des Lockspitzeinsatzes zur Bekämpfung schwerwiegender Kriminalität aus dem Standard-Satzbaukasten des BGH gestrichen. Nach wie vor scheint sich aber der Senat in der Tradition des Rechtfertigungsdrucks für alle polizeilichen Maßnahmen gebunden zu fühlen und empfindet – hieraus resultierend – eine nicht zu überwindende Hemmschwelle, staatliches Unrecht auch tatsächlich als solches zu bezeichnen. Zu registrieren bleibt, dass der BGH die Entscheidung zum Anlass genommen hat, die etwas verworrene Diskussion der Rechtsprechung um Inhalt und Grenzen der staatlich hinzunehmenden Tatprovokation aufzuarbeiten und in nachvollziehbare Bahnen zu lenken.

Die bisherige Rechtsprechung hat unermüdlich betont, dass tatprovokierendes Verhalten polizeilicher Lockspitzel nur innerhalb durch das Rechtsstaatsprinzip gezogener Grenzen hingenommen werden könne. Der Verlauf dieser Grenzlinie war immer ein Mysterium. Zwar wurden stets Kriterien angeführt, wie z.B. bereits bestehende Verdachtsmomente gegen den Provozierten oder Art, Intensivität und Zweck der Einflussnahme des Lockspitzels oder das Ausmaß des „Mitmachens“ des Angeklagten. Die Anwendung im Einzelfall verwischte aber die Konturen von den Vorstellungen eines unzulässigen Lockspitzeinsatzes. Der BGH entdeckte keine Überschreitung der Zulässigkeitsgrenzen, obwohl nach tatrichterlichen Feststellungen beispielsweise die Polizei um jeden Preis versuchte, durch Machenschaften eine Verurteilung des Angeklagten herbeizuführen³². Auch bei vollständig fehlendem Anfangsverdacht sollte schon dann kein rechtsstaatlich bedenklicher Verstoß vorliegen, wenn die Einwirkungsarbeit der Polizei keine ausrei-

chende Nachhaltigkeit entfaltet³³. Eine solche Nachhaltigkeit wurde sogar verneint, als ein Provokateur über sechs Monate lang wöchentlich verlockende Angebote dem sich widersetzenden Angeklagten unterbreitete³⁴. Zwar wurden in der jüngeren Rechtsprechung im Falle massiver Provokationseinwirkungen durch Nötigung, Schläge oder Todesdrohungen gegenüber der Familie des Angeklagten Provokationen ausnahmsweise auch als unzulässig bezeichnet³⁵, die Notwendigkeit einer ernsthaften Differenzierung zwischen zulässiger und unzulässiger Tatprovokation war jedoch spätestens dann nicht mehr gegeben, als die Rechtsprechung seit Mitte der 80iger Jahre jede Tatprovokation als schuldunabhängigen strafmildernden Umstand anerkannte³⁶. Ohne dass dies ausgesprochen wurde, erübrigte sich damit im Rahmen der Strafzumessungslösung die Notwendigkeit einer exakten Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger Tatprovokation.

Hier zieht der BGH nunmehr die Konsequenzen. Die tradierten Abgrenzungskriterien haben keinen entscheidenden Stellenwert mehr. Die Strafzumessungslösung kommt beim BGH nunmehr eher als eine Kompensations-Lösung daher. Unabhängig von den als müßig erkannten Fragen rechtsstaatlicher Grenzen der Tatprovokation ist den neuen Leitlinien des BGH zu entnehmen, dass jede wie auch immer geartete Provokation ausnahmslos einen Strafmilderungsgrund des Angeklagten zur Folge hat. Die Details der Provokation sind zwar nicht irrelevant. Sie haben nach wie vor ihre Bedeutung als Einzel-faktoren der Strafzumessung. Sie werden aber nicht mehr herangezogen, um ein denkbare Gesamtbild der unzulässigen Tatprovokation von einer zulässigen Variante abzuschichten.

Scheint diese Lösung zumindest durch Einfachheit, Klarheit und Konsequenz zu imponieren, verwirrt der BGH durch den Versuch einer begrifflichen Neuorientierung der Provokation. War bislang allenfalls fraglich, was eine zulässige und was eine unzulässige Tatprovokation ist, verlagert der BGH die Suche nach Abgrenzungen und problematisiert nach der

konsequenten Berücksichtigung jeder Tatprovokation erstmalig die Frage, welcher Sachverhalt überhaupt eine Provokation darstellt. Keine Tatprovokation soll vorliegen, wenn der Provokateur „einen Dritten ohne sonstige Einwirkung lediglich darauf anspricht, ob dieser BtM beschaffen könne“. Das Bedürfnis, allabendliche polizeiliche Praxis in Diskotheken in vollem Umfang zu legitimieren und dabei die Vorgaben des Straßburger Gerichtshofes schlicht zu ignorieren, ist durchschaubar. Der Versuch, dies dogmatisch zu begründen, muss als gescheitert angesehen werden. Die Kausalitätsfragen der Animierung lassen sich durch keine Bagatellisierung wegdiskutieren. Die Provokation liegt immer dann vor, wenn die polizeiliche Animierung erfolgreich ist – auch bei einem sehr schnellen Erfolg. Gerade der Fall des Herrn Texeira de Castro, der nur ein einziges Mal von den Provokateuren angesprochen wurde, belegt anschaulich die Unhaltbarkeit der These des Bundesgerichtshofs. Für die Eröffnung einer neuen Diskussion besteht kein Bedarf. Kausalitätsfragen sind im Zusammenhang mit dem Anstiftungstatbestand seit langem geklärt.

Klärungsbedürftig erschien dem BGH ein anderer Komplex: die möglichen Verdachtsmomente gegen den Provozierten, die das Einschreiten des Lockspitzels ausgelöst haben. Wenn in der Entscheidung des BGH noch in der überkommenen Terminologie an wenigen Stellen von zulässiger und unzulässiger Provokation die Rede ist, bezieht sich dies ausnahmslos auf die Frage des berechtigten Anlasses.

Entwickelt wurden die aktuellen Bewertungen der Provokation sowohl in Straßburg als auch in Karlsruhe an dem Modellfall, in dem einem Angeklagten weder ein Tatverdacht noch eine wie auch immer geartete Tatneigung nachgewiesen werden konnte. Da der BGH sich getrieben sieht, eine Abgrenzung zu anderen Konstellationen eines berechtigten Lockspitzeinsatzes vornehmen zu können, versucht er eine Klarstellung hinsichtlich der Rechtsgrundlagen, anhand derer der Lockspitzeinsatz zu messen ist. Mit erfreulicher

Deutlichkeit wird die Tatprovokation dem Regelungsbereich der Polizeigesetze und den damit verbundenen unüberschaubaren Gefahren entzogen. Trotz präventiver Rechtfertigungselemente lässt der BGH keinen Zweifel, dass die rechtliche Bewertung des Einsatzes eines Lockspitzels nur straf- und strafverfahrensrechtlichen Vorschriften zu entnehmen ist. Die gezielte Provokation einer Straftat diene nicht mehr der Gefahrenabwehr, sie sei vielmehr darauf gerichtet, potentielle Straftäter bei einer Straftat zu ergreifen und der Strafverfolgung zuzuführen. Das Ziel eines V-Mannes sei daher von vornherein repressiver Natur.

Wer danach eine Antwort auf die bislang ungeklärte Frage erwartet, welche Rechtsgrundlage als Ermächtigungsnorm für den polizeilichen Einsatz von Tatprovokateuren herangezogen werden könnte, wird enttäuscht. Die unhaltbare Situation³⁷ des Eingriffs in Bürgerrechte ohne gesetzliche Ermächtigung und der höchstrichterlichen Sprachlosigkeit finden auch in der aktuellen Entscheidung ihre wenig rühmliche Kontinuität. Der Hinweis auf die „*anerkannte Zielsetzung*“ des kriminalitätsbekämpfenden Einsatzes von Provokateuren kaschiert nur dieses Defizit.

Misst man – auch ohne Suche nach ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlagen – der Frage eines Anfangsverdachts bei der Provokation einen entscheidenden Stellenwert zu, muss sich die Suche nach gesetzlichen Anhaltspunkten konsequenterweise auf die Strafprozessordnung beschränken. Dies konzidiert auch der BGH und weist ausdrücklich auf die Minimalvoraussetzung staatlicher Ermittlungstätigkeit in den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO hin: Kein polizeiliches Handeln ohne einen Anfangsverdacht. Ohne große Umwege befindet sich der BGH dann allerdings plötzlich inmitten des Dilemmas, das schon die literarische Diskussion des neunzehnten Jahrhunderts beim Einsatz des Provokateurs ausgemacht hatte. Besteht der Tatverdacht einer notwendigerweise bereits in der Vergangenheit geschehenen Straftat, ist es die Aufgabe des Ermittlers, den Beschuldigten insoweit zu über-

führen. Die Veranlassung einer neuen Straftat vermag zur Überführung einer vergangenen regelmäßig wenig beizutragen. Die Provokation ist und bleibt schlichter Gesinnungstest.

Dies sieht auch der BGH und wird zur Lösung der Problematik in einer bemerkenswert rechtsschöpferischen Weise tätig. Die Tatprovokation soll nur dann gesetzlich gedeckt sein, wenn sie „*gegen eine Person eingesetzt wird, die in einem den § 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu sein.*“ Die Formulierung macht deutlich, dass der zunächst vermittelte Eindruck, unter Hinweis auf die StPO nun in der V-Mann-Problematik festen gesetzlichen Boden unter den Füßen zu haben, eine Schimäre ist. Mit der kaum zu begründenden Einführung einer analogen Anwendung des gesetzlichen Tatverdachts auf eine nicht näher definierte Tatgeneignetheit sind Unklarheiten der rechtsstaatlichen Provokationsbewertung lediglich verschoben worden.

Soll tatsächlich der Anfangsverdacht einer Tatgeneignetheit Zulässigkeitskriterium für polizeiliche Provokation sein, verbleibt das Unbehagen des Strafverteidigers, dass das Vorliegen eines allein entscheidenden Merkmals des Strafzumessungsgrundes nicht nur polizeilichem Ermessen, sondern auch der insoweit kaum kontrollierbaren aktenmäßigen Darstellung durch die Polizei überlassen bleibt.

Die Entdeckung des neuen Problems ist m.E. schlicht überflüssig. Der erweiterte Begriff des Tatverdachts stellt der letzte dogmatische Standort für die Rechtsprechung dar, sich zur Zulässigkeit der Tatprovokation zu äußern. Die Abgrenzung strafmindernder unzulässiger Tatprovokation (ohne Anfangsverdacht) von einer zulässigen Provokation, die bei der Strafzumessung nicht zu berücksichtigen wäre, wird der Vielfalt der denkbaren Anlass-situationen für den Einsatz von V-Leuten nicht gerecht. Auch bei nachvollziehbarer Tatgeneignetheit und damit der Bejahung eines An-

fangsverdachts sind selbstverständlich Auftritte von Provokateuren vorstellbar, die die Umsetzung der Tatbereitschaft eines Angeklagten in eine reale Tat in einem schuldmindernden Kontext erscheinen läßt. Es ist kein Grund ersichtlich, die Provokation in diesem Fall als strafmilderndes Zumessungskriterium auszublenden.

Aus Sicht der Strafzumessungslösung ist nicht nur die Frage des Anfangsverdachts irrelevant. Vielmehr hat jedwede Diskussion um die Zulässigkeit der Tatprovokation ausgedient, die sich auf die Dimension prinzipieller rechtsstaatlicher Probleme bezieht. Letztlich hatte die Befassung der Strafrichter mit diesem Grundsatzproblem nur das Ziel, Verfahrenshindernisse oder pauschale Beweisverbote zu negieren und einen Strafprozess in diesen Fällen erst zu ermöglichen. Ist der Weg für einen Prozess aber mit ganz anderem Begründungsansatz geebnet, entfällt jede Notwendigkeit, im Rahmen des Prozessierens und bei der Suche nach einer angemessenen strafrechtlichen Reaktion Grenzgebiete zwischen zulässiger und unzulässiger Provokation zu erforschen.

Nach wie vor steht diese – sinnvoller Weise durch den Gesetzgeber zu leistende – grundsätzliche Klärung aus. Die Kompensationslösung der Rechtsprechung ist das Signal für eine Einzelfallgerechtigkeit. Es wäre daher nur konsequent, den Unzuträglichkeiten des jeweiligen Einzelfalles nachzuspüren, statt eine gerechte Kompensation durch dogmatische Unzulänglichkeiten wie z.B. fragwürdige Analogien zu belasten. Vorgaben für Radikallösungen wie Verfahrenshindernisse dürfen wir weder aus Straßburg noch aus Karlsruhe erwarten. Wenn Verteidiger neue Leitlinien des BGH aufgreifen wollen, dann u.a. den Gedanken der Rechtsprechung, dass staatliches Provokationsunrecht – jedenfalls bei der strafzumessung – quantitativ meßbar ist. Hier liegt auch die Chance von kritischen Strafverteidigern, die neuen Ansätze der Rechtsprechung zu nutzen. In jedem einzelnen Fall haben wir das Ausmaß widersprüchlichen staatlichen Verhaltens im Gerichtssaal

in allen Schattierungen zu dokumentieren.

Es ist unverkennbar, dass auch in Richterkreisen das Unbehagen an der Etablierung einer Unterweltpolizei wächst. Das Nachdenken über untragbare Folgen der Provokation ist angestoßen. Gerichte suchen wieder nach gesetzeskonformen Lösungen. Die neue Wegstrecke ist noch holprig, aber gerade das Verlassen eingefahrener Spuren gilt es nach der jüngsten Entscheidung des BGH als Fortschritt zu konstatieren.

Fortschrittlich ist auch der zweite wichtige Aspekt dieser Entscheidung in ihrer unmittelbaren Bezugnahme auf ein – Deutschland nicht betreffendes – Verdikt des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Über die Konventionsverpflichtung des Art.46 MRK hinaus, der nur der „Partei“ eines Rechtsstreits die Befolgung eines Urteils des Gerichtshofs auferlegt, akzeptiert der BGH eine allgemeine Vorgaben-Kompetenz der Straßburger Rechtsprechung. Dies untermauert eine jahrzehntelange Hoffnung, dass sich im modernen Computerzeitalter eines demokratischen und rechtsstaatlichen Europas zwei unterschiedliche Rechtsprechungssysteme doch als kompatibel erweisen könnten.

- 1 BGH, in: Strafverteidiger 2000, S.58-62
- 2 siehe Hepp, in: Archiv des Criminalrechts, 1848, S. 306
- 3 Kohler, in: Annalen der großherzoglichen badi-schen Gerichte, 40. Band (1874) S.64
- 4 Glaser, Zur Lehre vom Dolus des Anstifters, in: Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Zivil- und Strafprozessrecht, I. Band, 1868, S. 121
- 5 S: weiterhin z.B. Singewald, Der agent provocateur (1908), S. 121; Dopffel, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 1899, S. 94; weitere Nachweise bei Sommer, Das fehlende Erfolgsunrecht, 1987, S. 3f
- 6 RG ZStW 33 (1913) S. 694

- 7 Katzenstein, ZStW 21 (1901) S. 389; E. von Liszt, Vorlesungen über die allgemeinen Lehren des materiellen Strafrechts, 1925, S. 219, N.313; Lindenau, Die Verwendung polizeilicher Vertrauenspersonen, i. DStRZ, 1918 S. 284 ff
- 8 Karl Wolff, Verbotenes Verhalten, 1923
- 9 BGH, GA 1975, S. 333
- 10 BGH, Strafverteidiger 1981, S. 392
- 11 s. Lüderssen i. Peters Festschrift (1974) S. 366 ff
- 12 BGHSt 33, 283
- 13 Bundesverfassungsgericht NJW 1987, S. 1174; NStZ 1995, S. 95
- 14 BGHSt 32, 345 ff
- 15 EuGRZ 1987, S. 147 ff
- 16 ÖJZ 1991, S. 25
- 17 s. Fall Kostovski, Strafverteidiger 1990, S. 481 ff
- 18 Strafverteidiger 1990, S. 481 ff
- 19 EuGRZ 1992, S. 300 ff
- 20 StraFo 1997, S. 239 ff
- 21 s. zusammenfassend Walter Gollwitzer: Das Fragerecht des Angeklagten, in: Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer (1990), S. 151 f
- 22 BGH Strafverteidiger 1991, S. 101
- 23 BGH Strafverteidiger 1993, S. 171
- 24 StraFo 1997, S. 240
- 25 s. hierzu ausführlich Krauß, V-Leute im Strafprozeß und die Europäische Menschenrechtskonvention (1999), S.88 ff
- 26 Strafverteidiger 1999, S. 127
- 27 NStZ 1999, S. 47
- 28 EuGRZ 1999, S. 660
- 29 s. Kempf, Strafverteidiger 1999, S.127ff.; Sommer NStZ 1999, S.47 ff.; Kinzig, Strafverteidiger 1999, S. 288 ff
- 30 NStZ 1999, S. 527 f.
- 31 BVerfGE 26, 66, 71; 70, 297, 308
- 32 BGH St 33, 283
- 33 BGH Strafverteidiger 1981, S. 392
- 34 BGH NJW 1984, S. 2300
- 35 BGH Strafverteidiger 1995, S. 364 f
- 36 BGH NStZ 1986, S. 162
- 37 s. schon Fischer/Maul NStZ 1992, S. 9